

Discriminación en el acceso al empleo

Críticas y comentarios a la normatividad vigente

María Haydeé Zegarra Aliaga^(*)

Alumna del noveno ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Las situaciones discriminatorias no son un fenómeno novedoso y menos aun, reciente, lo novedoso es más bien el esfuerzo que realizan las sociedades democráticas por acentuar el grado de proscripción que imponen respecto de tales situaciones, hoy cada vez más sutiles, pero no por ello menos discriminatorias, pues siempre serán una forma de diferenciación especialmente odiosa por obedecer a un motivo que coloca en una situación perjudicial a un individuo y que atenta contra su dignidad. Es dentro de este contexto, donde la preocupación por este viejo problema reclama la extensión del campo de la tutela antidiscriminatoria a espacios en los que hasta hace poco se dijo nada o muy poco, por lo menos en nuestro país. Ese es el campo del acceso al empleo, donde la propensión a la utilización de requisitos de contenido discriminatorio, con el correr del tiempo, se ha ido acentuando, al punto de haber adquirido una presencia altamente significativa en nuestro mercado de trabajo.

Con el objeto de hacer frente a esta situación, el 18 de abril del año pasado entró en vigencia la Ley No.27662. Asimismo, la norma reglamentaria de esta ley fue aprobada el 1 de febrero mediante Decreto Supremo No.002-98-TR, generando más

de una preocupación en los anunciantes de este tipo de ofertas, así como en los medios de comunicación social encargados de su publicidad, pues al proscribirse la publicidad de ofertas de empleo o de acceso a medios de formación profesional que presenten requisitos discriminatorios, su infracción determina además de la sanción administrativa a que hubiera lugar, el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al postulante discriminado.

El presente trabajo tiene por objeto formular algunas apreciaciones en torno a la normatividad que regula la prohibición de discriminación en el acceso al empleo, así como los procedimientos y responsabilidades administrativas y/o judiciales diseñados para su protección. Sin embargo, antes de entrar de lleno al tema principal de nuestro estudio, consideramos necesario referirnos a uno que se encuentra implícitamente reconocido en él, y que se refiere, específicamente, al principio de igualdad y al derecho a la no discriminación cuya consagración constitucional nos conduce a la proscripción de todo tipo de discriminación que carezca de una justificación objetiva y razonable.

(*) La autora agradece a Domingo Rivarola, por darse un tiempo para revisar y criticar el primer borrador del presente trabajo, a Jorge Toyama por su desinteresado apoyo y alentadoras críticas, y al doctor Luis Vinatea Recoba, por su ejemplo, paciencia y amistad. Naturalmente, cualquier error u omisión es imputable únicamente a la responsable de estas líneas. Finalmente, un agradecimiento muy especial a mis padres, por el tiempo que les robé.

1 Marco teórico-constitucional.

1.1 El derecho a la igualdad ante la ley, de trato y de oportunidades.

El principio de igualdad, sobre el que reposa todo Estado de Derecho y que opera tanto en el ámbito público⁽¹⁾ como en el privado⁽²⁾, postula -de manera general- la correspondencia entre los hechos y el trato. Ello supone que el trato no puede ser desigual para los iguales, ni igual para los desiguales⁽³⁾. Sin embargo, como indica el profesor Neves Mujica, la evolución de este principio ha determinado que en él se identifique la presencia de dos fases: i) una formal, y ii) otra sustancial⁽⁴⁾.

En su fase formal, la igualdad no pretende modificar la realidad sino incidir sobre la regulación o los comportamientos que se producen en aquella. De este modo, para proclamar la igualdad será necesario recurrir a la comparación⁽⁵⁾ de los hechos e identificar si éstos son semejantes o no. De producirse una inequivalencia en el trato en razón de los hechos, esto es, si existe un trato desigual ante situaciones exactamente iguales, o uno igual ante situaciones desiguales, habrá que indagar si esta se encuentra justificada o no. De no ser así, ello calificará de discriminatorio.

Al interior de esta fase y en el ámbito

público, el principio de igualdad se traduce en el *derecho de igualdad ante la ley*⁽⁶⁾, que obliga al Estado en cualquier manifestación de su actuación⁽⁷⁾ a tratar a todos por igual. Esta primera manifestación del principio de igualdad se encuentra recogida en el artículo 2.2 de nuestra actual Constitución Política (CP), que consagra expresamente el derecho de igualdad ante la ley. Este principio prohíbe al Poder Legislativo, dictar leyes especiales en razón de la diferencia de las personas, restringiendo este supuesto únicamente a los casos en que la naturaleza de las cosas así lo exija (artículo 103 CP). Del mismo modo y en aplicación de este principio, el Poder Judicial se encuentra impedido de apartarse de los precedentes que hubiera establecido, salvo que existan razones justificadas para ello, por lo que, en principio, los jueces deberán aplicar un mismo criterio ante situaciones idénticas. Así lo establece el artículo 22 del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁽⁸⁾.

Este precepto constitucional se ajusta fielmente a la línea trazada por numerosos instrumentos internacionales, donde la igualdad ante la ley se encuentra reconocida de manera expresa⁽⁹⁾.

La segunda manifestación de este

(1) El ámbito público encierra todas aquellas relaciones que se entablan entre el Estado y los particulares, o entre éste y otros agentes del mismo. En palabras del profesor Javier Neves Mujica, dentro de este ámbito debemos incluir la actuación del Estado en todas sus manifestaciones, esto es, en el ejercicio de la función legislativa, judicial y administrativa, que lo faculta a expedir leyes, aplicarlas o interpretarlas y prestar servicios, respectivamente. *Los trabajos prohibidos a las mujeres y el principio de igualdad ante la ley*. En: *Ius et Veritas*. Lima, No.10. p.302.

(2) Por ámbito privado debemos entender el ámbito en el que se desarrollan las relaciones que entablan los particulares entre sí -incluyendo dentro de este grupo al Estado cuando actúa como tal-, y donde la intervención de éste se restringe únicamente a garantizar que estas relaciones se desarrollen dentro del marco de la ley

(3) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*. Lima: ARA, 1997. p.114.

(4) *Ibid.* pp.114 y ss.

(5) Como indican Rodríguez Piñero y Fernández López, para hablar de igualdad o desigualdad es necesario un elemento de comparación, pues toda diferencia de trato supone la existencia de un sujeto activo que lleve a cabo un tratamiento cuya diferencia se acusa respecto a dos o varios sujetos jurídicos. Por ello, el verdadero problema para exigir un tratamiento jurídico igual consiste en determinar cuándo dos situaciones reales son equiparables, cuándo sus similitudes deben predominar sobre sus diferencias, proceso que implica un doble juicio de valor, el de la elección de los criterios a tener en cuenta, y el de la evaluación de los hechos en función de estos criterios. RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LÓPEZ, María. *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos,1986. p.47.

(6) Tal como sostiene un sector de la doctrina constitucional, el derecho a la igualdad ante la ley tiene dos componentes primordiales, a decir: i) la igualdad de la ley o en la ley, que impone un límite constitucional a la actuación del legislador, quien no podrá expedir leyes cuyo contenido contravenga el principio de igualdad de trato al que todos tienen derecho, y ii) la igualdad en la aplicación de la ley, que impone una obligación a todos los órganos públicos incluidos los órganos jurisdiccionales, quienes no podrán aplicar una de ley de manera distinta a personas que se encuentren en situaciones similares. Por todos, EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*. En: *Revista Ius et Veritas*. Lima, No.15, 1997. p.64.

(7) NEVES MUJICA, Javier. *Op.cit.*; p.302.

(8) *Ibid.* p.115.

(9) Artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo II de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros, que como estos se encuentran incorporados en nuestro ordenamiento jurídico.

principio, dentro de la fase formal, es la que se presenta en el ámbito de las relaciones privadas, donde éste se traduce en el derecho de **igualdad de trato**, que obliga a los particulares -en todas sus formas de actuación (normativas o no normativas⁽¹⁰⁾)- a no diferenciar arbitrariamente, salvo que exista una válida razón que lo justifique. Nótese que aquí el sujeto obligado ya no es el Estado sino todos los sujetos privados, incluido el Estado cuando actúe como tal. Naturalmente, queda comprendido dentro del campo de aplicación de este derecho el ámbito de las relaciones laborales, donde el trato diferenciado sin que exista causa que lo justifique está prohibido, con prescindencia de si éste se presenta al momento de la contratación, la ejecución o extinción de la relación laboral. Si bien este principio no tiene mención expresa en nuestra actual constitución, debemos entender que ha sido reconocido de modo indirecto por el artículo 26.1 de la CP⁽¹¹⁾, pues al consagrarse el principio de igualdad de oportunidades, se consagra también el de igualdad de trato, pues este último precede siempre a aquél⁽¹²⁾.

Con todo, es claro que el principio de igualdad no puede ser comprendido ni entendido en un sentido absoluto. La evolución de este principio ha determinado que éste no sea considerado en forma abstracta, pues la mera aplicación de este derecho no es garantía suficiente de igualdad⁽¹³⁾. Por ello, a diferencia de lo que sucede en la primera fase de este principio, la segunda busca verificar si en los hechos los diversos grupos tienen las mismas oportunidades para disfrutar de los beneficios o no⁽¹⁴⁾.

En efecto, la igualdad no significa uniformi-

dad. Esta debe expresar más bien una igualdad real o sustancial entre los seres humanos, lo que supone reconocer la existencia de diferencias sociales, económicas, etc, que permiten al Estado o a los particulares, conferir un trato diferente en favor de cierto grupo de personas que se encuentran en una situación más desventajosa que otras. Se trata de una concepción valorativa de igualdad que obliga no tanto a la paridad absoluta de trato, como a la justificación de desigualdades e incluso de las igualdades de trato que puedan establecerse. Una justificación que explique que exista un tratamiento diverso entre ciudadanos que se encuentran en una situación igual o una equiparación de trato cuando existan diferencias muy significativas que razonablemente deberían haberse tenido en cuenta⁽¹⁵⁾.

Así pues, la igualdad sustancial apunta más bien a que la ley tienda a crear igualdad de condiciones y oportunidades para los sujetos que se encuentran en una misma situación, o de equiparación de trato cuando existan diferencias significativas que ameriten protección, sin que ello sea considerado una afectación al principio de no discriminación. A este tipo de acciones se les denomina “acciones positivas”, siendo éstas la forma a través de las que se instrumenta el principio de igualdad de oportunidades, que goza de consagración constitucional (artículo 26.1 CP). Naturalmente, no existe una lista cerrada de motivos que permitan al Estado o a los particulares⁽¹⁶⁾ intervenir positivamente. Por ello, el punto crucial será determinar cuándo nos hallamos ante un trato desigual constitucionalmente legítimo y cuando -por el contrario- ello configura una situación discriminatoria que debe ser proscrita⁽¹⁷⁾.

(10) NEVES MUJICA, Javier. Op.cit.; p.115.

(11) Artículo 26.1.- “En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.
2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución.
3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de la norma”.

(12) NEVES MUJICA, Javier. Op.cit.; p.116.

(13) RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. Op.cit.; p.49.

(14) NEVES MUJICA, Javier. Op.cit.; p.119.

(15) Ibid.; p.50.

(16) MORTOLA FLORES, Italo. *El derecho a no ser discriminado: Comentarios a la Ley No.26772 y el Proyecto de Reglamento*. En: *Asesoría Laboral*. Lima, Caballero Bustamante, Año VII, No.82, octubre de 1997. p.14.

(17) EGUIGUREN PRAELLI, Francisco. Op.cit.; p.66.

De lo dicho hasta aquí, podemos concluir lo siguiente, el principio de igualdad y su consecuencia, la prohibición de discriminaciones carentes de justificación, pueden provenir de dos direcciones: i) del Estado, quien se encuentra prohibido de conferir un trato diferente a través de una norma, una sentencia, o de un acto administrativo, a quienes se encuentren en una misma situación, o un trato igual a quienes se encuentren en una situación desigual que requiera de una “acción positiva”; o ii) de los particulares, quienes no podrán tratar en forma distinta a quienes se encuentren en una misma situación, o de una misma forma a quienes se encuentren en situaciones diferentes que ameriten una intervención positiva.

1.2 El derecho a no ser discriminado.

Antiguamente, el derecho a no ser discriminado era considerado como el aspecto negativo del derecho de igualdad⁽¹⁸⁾. Una lectura unitaria de ambos preceptos el de igualdad y el de no discriminación, determinó que este último perdiera toda relevancia, pues cualquier infracción al principio de igualdad era considerada discriminatoria. Desde esta óptica, la lista de motivos considerados prohibidos por el texto constitucional asumía un papel ejemplificativo de los atentados a la igualdad, perdiendo así todo contenido autónomo. Aquello determinó que a la larga, éste fuese confundido con el principio de igualdad⁽¹⁹⁾. Pese a ello, y con el correr del tiempo,

el término discriminación ha adquirido un sentido autónomo, específico y concreto, que permite reconocer que el mandato de no discriminación no es una simple especificación del principio de igualdad, sino que va más lejos y dice algo distinto del mandato de igual protección en el marco de la ley⁽²⁰⁾.

En esta línea se inscribe nuestra CP, así como los numerosos pactos y convenios internacionales suscritos y/o ratificados por nuestro país⁽²¹⁾, donde la prohibición de discriminación constituye una reacción contra la violación cualificada de la igualdad entre los hombres que, con significado autónomo propio, va más allá del juego de la prohibición de desigualdades razonables de trato y tiende a eliminar e impedir diferencias “contra” el individuo por sus caracteres innatos o por su pertenencia a categorías o grupos sociales específicos⁽²²⁾.

En efecto, el artículo 2.2⁽²³⁾ del texto constitucional consagra expresamente además del derecho de igualdad ante la ley, el mandato de no discriminación. Ello evidencia claramente el carácter autónomo de esta prohibición, que busca favorecer a probables víctimas que por pertenecer a un colectivo segregado, se ven a menudo impedidas de ejercer sus derechos⁽²⁴⁾. Se prohíbe así, globalmente, la discriminación por razón de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, incluyendo todos estos motivos bajo una misma cobertura protectora. De esta manera, el enunciado

(18) MORTOLA, Italo. Op.cit.; p.16.

(19) ARCE ORTIZ, Elmer. *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*. Tesis para optar el título de abogado. PUC, 1998. p.165.

(20) RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. Op.cit.; pp.65-66.

(21) Recuérdese que según el artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja tal declaración y contra toda provocación a tal declaración. A su vez, según el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Decreto Ley No.22128, cada uno de los Estados partes se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en dicho Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Una obligación de similar naturaleza se deriva del artículo 2.2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del que nuestro país forma parte. En esta misma línea, según el artículo 2 del Convenio No.111 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por nuestro país mediante Decreto Ley No.17687, todo miembro está obligado a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacional, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación.

(22) RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. Op.cit.; p.96.

(23) Artículo 2.2.- “Toda persona tiene derecho: a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

(24) ARCE ORTIZ, Elmer. Op.cit.; p.176.

constitucional recoge un listado enunciativo, pero abierto⁽²⁵⁾, de condiciones o circunstancias que no pueden ser tomadas en cuenta para sustentar diferencias sociales. Como indica Neves Mujica, es claro que los motivos resaltados por el texto constitucional no son los únicos prohibidos, sino sólo los más perniciosos. La libertad sindical, por ejemplo, no se encuentra en la citada relación, pero es evidente -por tratarse de un derecho constitucional- que despedir a un trabajador por desarrollar actividades sindicales configura un acto discriminatorio. Recordemos que el artículo 26.1 de la CP sanciona la discriminación en el seno de la relación laboral sin formular ningún listado de causas prohibidas⁽²⁶⁾.

Desde esta óptica, el principio de no discriminación, respecto de los sujetos activos de la misma, no tiene como destinatarios única y exclusivamente a los poderes públicos, incluyendo también el ámbito de las relaciones privadas, donde los fenómenos discriminatorios son más sutiles y por tanto, más difíciles de detectar y corregir. Por esta razón, la tutela antidiscriminatoria no se reduce tan sólo a la discriminación “legal”, que es producto de actos o normas de los poderes públicos⁽²⁷⁾, abarca también otras formas de discriminación “social”, que se advierten a propósito de la interacción privada, en donde éstas suelen ser mucho más sutiles. Como indica un importante sector⁽²⁸⁾ de la doctrina española, la tutela antidiscriminatoria habrá de tener, en sus resultados, una eficacia extensiva a todos los miembros de la

sociedad. El precepto no se cumpliría en su integridad si se limitara sólo a la supresión de la discriminación legal.

Al ser un fenómeno social, la discriminación trasciende el momento de realización de la diferenciación, pues además de comprender aquellas distinciones formales basadas en una razón vedada (directa), contempla también el resultado discriminatorio, en donde sobre la base de elección caprichosa de criterios de selección aparentemente neutros se arriba a una discriminación de tipo objetivo⁽²⁹⁾ (indirecta). Por esta razón, en nuestra opinión, cuando el texto constitucional consagra el mandato de no discriminación, se refiere a ésta en cualquier forma de manifestación, con total prescindencia del modo a través del que ésta es puesta en práctica. Esa es la única forma por la que se evitaría burlar el mandato constitucional, caso contrario éste sería constantemente infringido por la vía indirecta.

De acuerdo con ello, la doctrina nacional⁽³⁰⁾ e internacional⁽³¹⁾ es unánime en considerar que el principio de no discriminación se encuentra configurado por una doble prohibición: i) conferir un trato desigual a quienes se encuentren en una misma situación, sustentado en motivos prohibidos, y otra de ii) realizar prácticas en principio neutrales, pero que en sus efectos resultan discriminatorias en perjuicio de ciertos grupos, careciendo de una razón objetiva y razonable. La primera de ellas se refiere propiamente a la discriminación directa, y la

(25) Dado que el texto constitucional recoge una cláusula abierta (“o de cualquier otra índole”), ello permite generalizar la prohibición de discriminación a supuestos no expresamente previstos. Por ello, tal como sucede en el caso español, cualquier factor diferencial pensable puede reconducirse a uno de los elementos de la terminología constitucional, cosa que a decir de el tratadista Miguel Rodríguez Piñero, puede resultar insuficiente y profundamente insatisfactorio, pues cuando se ha recurrido a fórmulas generales para cerrar el listado de causas de discriminación, se ha demostrado que la intención de quienes redactaron la norma no era precisamente referirse a cualquier motivo para integrarlo en la cláusula general, sino a cualquier motivo de “discriminación”. La experiencia ha demostrado que la cláusula final que cierra la lista de motivos prohibidos, no se redacta pensando tanto en incluir cualquier motivo imaginable, cuanto en incluir factores, que junto a la fortuna, la raza, o el nacimiento, etc, condicionan la situación social de una persona, aunque esos motivos adicionales no se hayan mencionado expresamente. Se trata así de dar cabida a supuestos de discriminación jurídica o social frente a grupos sociales o culturales especialmente considerados en cuanto tal grupo. Estas posibles condiciones o circunstancias personales o sociales que, al ser sistemáticamente tomadas en cuenta, producen discriminaciones pueden ser de por de pronto algunas de las que se mencionan de forma expresa en los instrumentos internacionales. RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel. Op.cit.; pp.235-240.

(26) NEVES MUJICA, Javier. Op.cit.; p.116.

(27) RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel. Op.cit.; pp.158-159.

(28) Por todos, Ibid.; p.96.

(29) Ibid.; pp.164-164.

(30) Por todos, NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*. Op.cit.; p.120.

(31) Por todos, SAEZ LARA, Carmen. *Mujer y mercado de trabajo*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1994. p.48.

segunda a la indirecta. El concepto de discriminación directa se corresponde con la teoría de la diferencia de trato y el de discriminación indirecta, con la teoría del impacto adverso.

La discriminación directa puede ser definida como una diferencia de trato, tanto en la intención como en su efecto⁽³²⁾, que se basa en la aplicación de un motivo prohibido⁽³³⁾. En aplicación de ello, será considerada discriminación directa aquella desigualdad de trato que se sustente en el sexo de una persona o en algún otro motivo prohibido por nuestro ordenamiento jurídico. A diferencia de ello, la discriminación indirecta es consecuencia de la aplicación de una medida neutral que desfavorece en mayor medida a un grupo social protegido⁽³⁴⁾. En este supuesto, la intención de discriminar no es necesaria para la configuración del hecho. La teoría del impacto adverso es una construcción jurisprudencial que parte del célebre asunto Griggs, donde la Corte Suprema norteamericana consideró que resultaban prohibidas no sólo las discriminaciones abiertas sino también, las prácticas formalmente justas pero discriminatorias en su puesta en práctica o realización, salvo que el empresario probara la existencia de una necesidad empresarial⁽³⁵⁾.

En el ámbito de las relaciones laborales: “constituirá discriminación directa todo acto del empleador que suponga un tratamiento intencional

desfavorable y que carezca de una razón objetiva y razonable”. Así por ejemplo, será considerado un supuesto de discriminación directa aquel despido que se sustente en el hecho que un trabajador haya contraído el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), pues además de encontrarse expresamente prohibido por ley (Ley No.26626⁽³⁶⁾) ésta no constituye causa justa de despido, siendo por el contrario una razón discriminatoria. Mientras el trabajador enfermo del SIDA pueda prestar sus servicios, éste debe seguir prestándolos con regularidad, a no ser que: i) no se encuentre en capacidad para desempeñar el puesto para el que fue contratado⁽³⁷⁾, o que, ii) por la naturaleza de la función que desempeña el riesgo de contagio sea alto e incontrolable⁽³⁸⁾ (por ejemplo, eso sucederá probablemente en el caso de un médico cirujano). De hecho, de no encontrarnos ante alguna de estas causas, el despido de un trabajador sustentado en una razón como la propuesta -de ser cuestionado en sede judicial- será declarado nulo.

A su turno, y tal como indica Balta Varillas⁽³⁹⁾, será considerado un supuesto de discriminación indirecta el exigir como requisito para obtener un empleo el asistir a trabajar en días sábados, pues con ello se descalificaría de plano a aquellas personas que pertenecen a una religión distinta a la católica, donde el trabajar en días

(32) La discriminación trasciende el momento de la diferenciación de trato, pues también contempla el que esas diferencias de trato den por resultado una situación discriminatoria, que anule o menoscabe para el discriminado el goce de determinados derechos, ventajas, o beneficios, que perjudique sus intereses o agrave sus cargas. La falta de perjuicio inmediato no obstará la existencia de discriminación.

(33) Recordemos que el texto constitucional propone un listado enunciativo de motivos que no pueden ser tomados en cuenta para justificar un trato diferenciado. Ello revela la intención de no dejar fuera ninguna discriminación sea ésta presente o futura, pues si los casos de discriminación son el resultado de una regla jurídica o social, por tratarse de conductas rechazadas por la sociedad, es evidente que con el transcurso del tiempo las sociedades se enfrentarán a otro tipo de situaciones discriminatorias. GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *Los supuestos de readmisión en el empleo*. Madrid: Tecnos, 1996. p.90.

(34) En la discriminación indirecta reaparece el elemento colectivo de la discriminación, en cuanto que lo que aquí cuenta no es que en un caso concreto el criterio aparentemente neutro de distinción perjudique a un individuo de cierta raza o sexo, sino que en su aplicación ese criterio incida perjudicialmente en los individuos de esas características, y por ello, en el grupo al que pertenezca ese individuo, habiéndose de considerar entonces a uno y otro como discriminados por el efecto desproporcionado que ese criterio aparentemente neutro tiene sobre los miembros de ese grupo. BARRÉ. *La discriminación...* p.35, citado por RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. Op.cit.; p.164.

(35) SAEZ LARA, Carmen. Op.cit.; p.48.

(36) Según el artículo 6 de la Ley No.26626, las personas con VIH/SIDA pueden seguir laborando mientras estén aptas para desempeñar sus obligaciones. Es nulo el despido laboral cuando la causa es la discriminación por ser portador del VIH/SIDA.

(37) El Convenio Internacional del Trabajo No.158 de la OIT -no ratificado por el Perú pero que tiene efectos de una recomendación- así como la declaración de la Organización Mundial de la Salud y la OIT, disponen que sólo puede despedirse por causas relacionadas con la capacidad del trabajador para desempeñar su función más no por estar enfermo del SIDA. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Las relaciones individuales de trabajo y el SIDA*. En: *Revista Estudios Privados*. Lima, No.3. p.19.

(38) Es importante dejar en claro que si bien la norma no se ubica textualmente en este supuesto, en nuestra opinión, al indicar que las personas con SIDA pueden seguir laborando mientras estén aptas para desempeñar sus obligaciones, comprende no sólo la aptitud física e intelectual, sino también aquella imprescindible para el desempeño de una labor como la propuesta.

(39) BALTA VARILLAS, José. *El impacto adverso*. pp.119 y ss.

sábados atentaría contra su libertad de culto. De esta manera, aun y cuando el requisito de trabajar en días sábados aparentemente fuera neutro, **de demostrarse que en su aplicación éste es discriminatorio**, éste no podría ser considerado un criterio de selección de personal válido. Será el empresario quien deba probar que su comportamiento, tachado de discriminatorio, obedece a motivos razonables y extraños a todo propósito atentatorio contra un derecho constitucional⁽⁴⁰⁾, y que el requisito de asistencia en días sábados obedece a las propias necesidades empresariales, sin que oculte tras de sí una conducta objetivamente discriminatoria.

La igualdad no significa
uniformidad lo que supone
reconocer la existencia de
diferencias sociales, económicas,
etc., que permiten al Estado o a
los particulares, conferir un trato
diferente en favor de cierto
grupo de personas que se
encuentran en una situación más
desventajosa que otras.

Ahora bien, sería inútil desconocer que la prohibición de discriminación presenta problemas particularmente delicados en el aspecto probatorio, que podrían neutralizar -eventualmente- la eficacia del mandato constitucional. En efecto, existen muchos problemas para hacer emerger una conducta discriminatoria en el ámbito de un proceso. Por ello, resulta evidente que la lógica procesal debe adaptarse a la necesidad de actuación del texto constitucional⁽⁴¹⁾. Y claro, cómo podría exigírsele prueba directa a quien es discriminado a

propósito de ofertas discriminatorias encubiertas, o peor aun, aparentemente neutras pero discriminatorias en su puesta en práctica. Esta dificultad probatoria, ha pretendido ser salvada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, quien a través del principio de facilitación probatoria -aplicado a todos aquellos casos donde se alegue violación de derechos fundamentales- ha logrado instituir un mecanismo probatorio que sin invertir la carga de la prueba, desvía hacia el empresario la prueba de existencia de un motivo razonable cuando el demandante acredite a través de indicios razonables una apariencia de discriminación⁽⁴²⁾. Una vez que el postulante aporte suficientes indicios que permitan deducir indicios racionales de discriminación, el empresario deberá destruir esta presunción probando que existe una causa justificadora suficiente.

En esta misma línea, la doctrina nacional⁽⁴³⁾ y la jurisprudencia laboral expedida por las Salas Laborales de la Corte Superior de Justicia de Lima en materia de nulidad de despido, no han tardado en postular la necesidad de aplicar el principio de "facilitación probatoria" y, concretamente, la utilización de medios de prueba indirectos en la prueba de los despidos discriminatorios, donde esta reviste tanta dificultad como la que se presenta en el tema que nos ocupa. Entre ellos destaca la presunción judicial que basada en el indicio y en la aplicación de una regla de experiencia con elementos básicos para la construcción de una presunción judicial por la cual se adquiera certeza respecto de la ocurrencia de un hecho. Y es que si ello no fuera así, se contravendrían las reglas del debido proceso que postulan la igualdad de las partes en el proceso como fundamento esencial del mismo (artículo 139.3 CP), así como el principio de socialización del proceso, de sede constitucional (artículo 43 CP), sobre la base del cual el juez debe

(40) SAEZ LARA, Carmen. Op.cit.; p.85.

(41) RODRIGUEZ PINERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. Op.cit.; p.289.

(42) MONEREO PÉREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves. *Formas y procedimientos del despido disciplinario nulo*. En: *La Reforma del Estatuto de los Trabajadores*. Madrid, 1994. pp.352-367.

(43) VINATEA RECOBA, Luis. *La prueba del despido nulo*. En: *Asesoría Laboral*. Marzo 1998. pp.9 y ss.

evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma, o condición social, política, o económica, afecte el resultado del proceso⁽⁴⁴⁾.

Hasta la entrada en vigencia de la Ley No.27662, la regulación infraconstitucional peruana, en lo que a materia laboral se refiere, se limitó a sancionar aquellos supuestos de discriminación que se producen durante la relación laboral, con ocasión al despido, y algunas prohibiciones específicas en relación al acceso al empleo⁽⁴⁵⁾. Es recién desde la dación del dispositivo en comentario que el supuesto de protección se ha visto ampliado, sancionando genéricamente todo tipo de discriminación en el acceso al empleo, lo que coincide con lo dispuesto por los tratados y convenios que forman parte del ordenamiento jurídico peruano.

Siguiendo este esquema, la Ley No.27662 ha dispuesto que las ofertas de empleo y de acceso a medios de formación educativa “no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación, o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, no previstos en ley que impliquen un trato diferenciado desprovisto de una justificación objetiva y razonable, basados en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión, ascendencia nacional, u origen social, condición económica, política, estado civil, edad o de cualquier otra índole”. Bastará que la oferta presente un requisito basado en cualquiera de los motivos tachados de prohibidos que carezcan de una justificación objetiva y razonable para que ésta sea discriminatoria, con total independencia de si se evidencia a través de una fórmula discriminatoria directa o indirecta.

A continuación, realizaremos un análisis de la prohibición de discriminación contenida en la Ley No.27662 y su reglamento, así como de las sanciones que prevé para los infractores de la misma.

2 La discriminación en el acceso al empleo. Aciertos y desaciertos de la Ley No.27662 y su norma reglamentaria.

2.1 Alcances de la prohibición de discriminación en las ofertas de empleo.

Como hemos indicado, la prohibición de discriminación prevista en el artículo 2 de la Ley No.27662 determina que todo requerimiento de personal que: i) no se encuentre previsto en ley, ii) carezca de una justificación objetiva y razonable, y iii) que se encuentre basado en motivos que nuestro ordenamiento jurídico considera prohibidos, será tachado de discriminatorio. Así pues, dado que al definir su ámbito de aplicación, la norma incluye dentro de esta prohibición a las **ofertas de empleo en general**, bien puede sostenerse que ésta resulta aplicable no sólo a aquellas ofertas de empleo que se difundan a través de medios de comunicación escrito (llámese revistas y/o periódicos) sino también aquellas que se difundan a través de medios de comunicación radiales y/o audiovisuales. Incluso, en nuestra opinión, encajan dentro de esta prohibición aquellas ofertas de empleo que se publican a través de un letrero pegado en un portón o aquellas que se publican en las vitrinas de nuestra facultad.

Sin duda, todas constituyen ofertas de empleo y el medio a través del que son difundidas no altera en lo absoluto su naturaleza. Ello sin desconocer la dificultad probatoria con la que el postulante discriminado tendrá que lidiar, pues si ya es difícil probar la discriminación en general, será mucho más difícil probar aquella que se hace patente a propósito de una oferta de empleo pegada en un portón, difundida a través de una vitrina de la facultad, casos que por lo demás, el legislador parece no haber tomado en cuenta.

En efecto, al diseñar tanto el procedimiento

(44) Ibid.; pp.14-15.

(45) Recordemos que de acuerdo a lo dispuesto por el D.S. No.004-97-SA, “la prueba del diagnóstico de VIH no debe ser requerida como condición para iniciar o mantener una relación laboral, educativa o social. (...)”.

administrativo, como el proceso de indemnización por daños y perjuicios que debería seguir el postulante discriminado, el legislador parece haber pensado únicamente en aquellas ofertas de empleo que se difunden a través de medios de comunicación masivos escritos (y en el mejor de los casos audiovisual o radial), omitiendo toda referencia a aquellas que se difunden a través de medios distintos a estos. Una oferta de empleo difundida en las vitrinas de nuestra facultad no encajaría en este supuesto por ejemplo, pues éstas no califican bajo el distintivo de medio de comunicación “masiva”. Así pues, la norma limita la obligación de brindar información y otorgar facilidades para la investigación a los medios de comunicación masiva, sin incluir dentro de ella a las universidades o centros de estudios que difunden ofertas de empleo o a aquellas agencias de empleo que no necesitan recurrir a la publicidad para ofrecer empleos.

Por ejemplo, si una agencia de empleos ofreciera un puesto de “secretaria menor de 30 años” sin indicar los datos de quién oferta este empleo, aquella persona que fuera discriminada en aplicación de los requisitos que ésta contiene, tendrá serias dificultades para determinar quién fue el que directamente la discriminó. Naturalmente, en el mejor de los casos se denunciará a la agencia de empleos, pero dado que la norma restringe la obligación de cooperación a los medios de comunicación masiva, serias dificultades tendrá la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) para hallar al responsable de la elaboración de dicha oferta e imponer la sanción que le correspondería. ¿Acaso la obligación que impone la norma a los medios de comunicación masiva en torno a facilidades para la investigación durante el procedimiento administrativo, no debería ser extensible también a todas aquellas que se dedican a la difusión de ofertas de empleo? ¿No debería exigírsele a todas éstas la misma diligencia que se le exige a los medios de comunicación social con el

objeto de evitar que la norma sea burlada a través de ofertas anónimas?

En nuestra opinión, la respuesta debería ser afirmativa. Y es que, justamente, el legislador no pensó que existían otros medios distintos a los de comunicación que servían para canalizar ofertas de empleo y, si lo pensó, no se ubicó en todos los supuestos, diseñando un procedimiento que sirve únicamente para detectar la infracción a la norma a través de ofertas escritas difundidas a través de medios de comunicación masiva.

Sin duda, las razones anotadas -entre otras que iremos precisando luego-, nos conducen a concluir que al diseñar el procedimiento administrativo el legislador pensó únicamente en las ofertas discriminatorias escritas, directas y difundidas a través de medios de comunicación social. Y ello es preocupante, pues si la finalidad de la norma es proscribir la discriminación en el acceso al empleo, todas las formas a través de las que se difundan ofertas de empleo de contenido discriminatorio deberían ser reprimidas con la misma severidad, reconociendo las dificultades probatorias que cada una de ellas presentan y consecuentemente previendo las facilidades que posibiliten su control. En definitiva, este es un tema con el que la AAT tendrá que lidiar al evaluar las denuncias que se presenten y sobre el que ésta se deberá pronunciar.

2.2 Requisitos permitidos vs. requisitos vedados en materia de acceso al empleo.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 4 del D.S.No.002-98-TR, las calificaciones exigidas para el desempeño de un empleo no se considerarán prácticas discriminatorias. Este dispositivo encuentra correlato en el artículo 1.2 del Convenio OIT No.111, que indica que no se considerarán discriminatorias “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado⁽⁴⁶⁾”. Así por ejemplo,

(46) Al respecto, Rodríguez Piñero señala que es el propio empleo específico y no tanto las características de la organización lo que justifica la posible primacía del derecho de la organización sobre el individual. RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel. Op. cit.; p.227.

es sumamente lógico que las agencias de modelaje exijan que sus postulantes cumplan con determinados patrones estéticos de belleza que responden a las exigencias que el mundo actual les presenta.

Con todo, es claro que la razonabilidad o justificación de la medida sólo podrá ser determinada en cada caso concreto, pues el objetivo de la norma no es anular la libertad de contratación del empleador sino más bien, compatibilizarla con el derecho a la igualdad, procurando que la selección de personal se realice en base a los méritos y aptitudes de quien postula a un empleo⁽⁴⁷⁾. Siguiendo esta lógica, ¿podríamos considerar que el profesar determinada religión o el pertenecer a determinada ideología constituye una exclusión basada en una calificación? Pensemos por ejemplo en el caso de una asociación católica que brinda consejería telefónica, profesando a través de esta vía la religión que dicha asociación practica. Si ésta necesitara contratar una persona que se dedique a la atención telefónica ¿acaso no sería lógico que ésta imponga como requisito para el acceso a dicho empleo el profesar la religión católica? En nuestra opinión, la respuesta debe ser afirmativa, pues en un caso como el propuesto, el empleo ofertado bien puede calificar en lo que la doctrina⁽⁴⁸⁾ no ha demorado en denominar “puesto ideológico”.

En efecto, al encontrarnos ante una organización caracterizada por su plena identificación con sus creencias, donde la ideología es prácticamente la razón de ser de la actividad que desarrolla la asociación en cuestión⁽⁴⁹⁾, bien podemos sostener que nos encontramos ante un “empleador ideológico” y que, por lo tanto, el requisito impuesto por ésta al ofrecer un puesto a través del cual debe expresar la ideología que ésta profesa, resulta sumamente justificado. Ello constituye un dato relevante para valorar la aptitud⁽⁵⁰⁾ del postulante

al puesto ofertado. De esta manera, si bien en aplicación del artículo 3 del reglamento, los requisitos impuestos por los llamados empleadores ideológicos o de tendencia serían válidamente admitidos, la simple lectura de la regla contenida en el artículo 4 del mismo nos conduce a una conclusión completamente distinta.

El citado dispositivo indica, categóricamente, que no constituye una justificación objetiva y razonable la exclusión del postulante basada en su pertenencia a un grupo, gremio o asociación con fines lícitos. En definitiva, lo único que esta norma deja advertir es que el legislador no pensó en el caso de los empleadores ideológicos, donde la pertenencia a determinado grupo podría resultar absolutamente incompatible con la carga ideológica que nutre el puesto ofertado. A través de un puesto como el propuesto, el trabajador deberá expresar necesariamente la ideología de su empleador, promocionar y/o defender su ideología⁽⁵¹⁾.

Lo mismo sucede, por ejemplo, con el derecho de asociación y su eventual colisión con el mandato de no discriminación. Por ejemplo, si determinado club social rechaza la solicitud de incorporación de una mujer, aún y cuando ésta cumpliera con los requisitos exigidos para formar parte de él, argumentando no poder admitir su solicitud por tratarse de un club exclusivo para varones. ¿Esta constituiría una forma de discriminación directa por el sólo hecho de sustentar tal decisión en un motivo expresamente prohibido por nuestra constitución? ¿Debería prevalecer el mandato de no discriminación sobre el derecho de asociación (artículo 2.13⁽⁵²⁾) de consagración constitucional o viceversa? Sin duda, esta situación nos ubica ante un conflicto de derechos fundamentales, cuya solución nos conduce a la interpretación constitucional y, consecuentemente, a la adopción de alguna de las

(47) BALTA VARILLAS, José *¿Qué es la discriminación?* En: *Revista Jurídica del Perú*. Lima, año XLV, No.1. p.95.

(48) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Los empleadores ideológicos*. En: *Ius et Veritas*. Lima, No.16, 1998. pp.186-200.

(49) *Ibid.*; p.189.

(50) GHEZZI, Giorgio y ROMAGNOLLI, Umberto. *Il rapporto di lavoro*. Citado por TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Op.cit.*; p.198.

(51) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Op.cit.*; p.190.

(52) Artículo 2.13.- “Toda persona tiene derecho a: asociarse y a constituir asociaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa”.

distintas tesis diseñadas para deslindar este problema (de la unidad o de las jerarquías)⁽⁵³⁾, tema que por exceder los alcances del presente trabajo deseamos dejar simplemente indicado.

Por lo dicho, es claro que no es posible afirmar “rotundamente” como lo hace la norma que todo requisito sustentado en la pertenencia a cierto grupo es siempre injustificado o no razonable, pues en un tema tan árido como éste, donde confluyen dos derechos de consagración constitucional, la posición normativa no debería ser tan firme. Por el contrario, en nuestra opinión, este tema debió ser tratado con mucha más cautela, dejando abierta la posibilidad de plantear soluciones para cada caso en concreto. Sin duda, este es otro de los problemas que la práctica, el buen criterio de la AAT y el de nuestros magistrados, deberán resolver.

No obstante ello, es importante anotar que según el artículo 4 del reglamento, no constituyen causa objetiva y razonable de diferenciación, aquellos requisitos que se sustenten en: i) las preferencias subjetivas de los clientes, ii) en los costos derivados de la contratación o admisión de una persona, o iii) en la pertenencia a un grupo, asociación con fines lícitos. Los requisitos impuestos a propósito de cualquiera de estos motivos serán considerados discriminatorios. Dentro de esta lógica, serán consideradas ofertas discriminatorias, por ejemplo, aquellas que impongan como requisito para obtener un empleo, el tener determinado color de piel o determinado aspecto físico. El exigir que el postulante al puesto de portero de un hotel, sea necesariamente de tez morena constituirá un requisito discriminatorio, pues bajo ningún punto de vista este puede ser considerado un requisito imprescindible para el desempeño de dicha labor. En la misma línea, el exigir que los postulantes pertenezcan a determinado sexo o eventualmente que sean “de buena presencia”, constituyen requisitos de alto contenido discriminatorio.

Sin duda, la definición de discriminación que la norma postula parte de la premisa que toda persona calificada para obtener determinado empleo debería tener la oportunidad de competir por él y, eventualmente, de obtenerlo y conservarlo, con total prescindencia de su pertenencia a un determinado grupo racial, sexual, religioso⁽⁵⁴⁾ e incluso de su apariencia física. Lo que la norma pretende impedir es que: existan personas que sean descalificadas debido a ciertos motivos que nuestro ordenamiento considera prohibidos⁽⁵⁵⁾, otorgando mejores posibilidades a aquellas personas histórica y socialmente discriminadas. Naturalmente, ello supone limitar la decisión del empleador a criterios referidos esencialmente a las calificaciones de trabajo, lo que probablemente determinará que los empleadores se vean en la necesidad de documentar los criterios objetivos a utilizar para la selección de su personal.

De esta manera, el principio de no discriminación como límite a la libertad de contratación empresarial se traduce o concreta en una primera y fundamental obligación, relativa a la transparencia del proceso de selección, cuyo paso previo lo constituyen las ofertas de empleo.

2.3 Características y deficiencias del procedimiento administrativo diseñado por el reglamento de la Ley No.27662.

Con el objeto de cautelar el derecho a la no discriminación, el artículo 6 del reglamento de la Ley No.27662 ha diseñado un procedimiento administrativo que busca ser expeditivo y que puede ser iniciado de oficio -cuando la infracción es notoria o evidente- o a solicitud de parte siempre que exista una denuncia de por medio. Así, la persona que se considere discriminada podrá formular una denuncia ante la Dirección de Empleo y Formación Profesional en un plazo 30 días. Si bien la norma no indica desde cuándo debe computarse

(53) Ver, RIVAROLA REISZ, Domingo. *Donde no te dará gusto meter la pata...* En: *Ius et Veritas*. Lima, No.16, 1998. pp.132-141.

(54) BALTA VARILLAS, José *¿Qué es la discriminación en el empleo?* Op.cit.; p.95

(55) Loc.cit.

el plazo, presumimos que éste debe computarse desde la oportunidad en que se verifica el acto discriminatorio. Naturalmente, en aquellos casos donde la oferta es difundida a través de un medio de comunicación la prueba del plazo será más o menos sencilla; pero en aquellos casos donde la discriminación provenga de ofertas difundidas a través de vitrinas o en portones de casas, el determinar si la denuncia fue interpuesta o no dentro del plazo se tornará francamente incontrolable, cosa que parece no haber sido tomada en cuenta por el legislador.

Salvando los problemas que el plazo para formular la denuncia pudiera presentar, lo cierto es que una vez presentada la denuncia respectiva, la AAT correrá traslado de la denuncia a la parte denunciada, quien tendrá diez días hábiles para contestarla, plazo que será computado desde el día de su recepción. Recibida la contestación o vencido el plazo, la AAT resolverá la denuncia. En teoría, el término para dicho pronunciamiento no debería exceder de veinte días hábiles. De declararse fundada la denuncia, o de desestimarse la contestación a la denuncia -caso el procedimiento hubiere sido iniciado de oficio-, la sanción aplicable será una multa cuyo monto equivaldrá a 1 unidad impositiva tributaria (UIT). La reincidencia será sancionada con una multa ascendiente a 5 UIT. Sin perjuicio de ello, la persona afectada podrá demandar por la vía civil la indemnización por daños y perjuicios a la que hubiera lugar.

Como hemos indicado, el artículo 2 del reglamento atribuye una especial obligación a los medios de comunicación masiva durante el desarrollo del procedimiento administrativo, obligándolos a brindar la información necesaria y las facilidades de investigación que se requieran, bajo pena de imponérseles una multa igual a la que hubiera correspondido al infractor de la prohibición. Esta obligación tiene por objeto evitar que el procedimiento administrativo sea burlado fácilmente, a través de la difusión de ofertas de

empleo anónimas, pues ello impediría además de sancionar directamente a los infractores de la norma, realizar un sobreseimiento sobre el comportamiento y reincidencia de los mismos.



Naturalmente, al circunscribir el ámbito de aplicación de esta obligación a los medios de comunicación masiva, el legislador hace patente la omisión en la que incurre al restringir el ámbito de control de la AAT a las ofertas de empleo que se difundan a través de éstos. Si bien la propia norma indica que la prohibición de discriminación antes descrita resulta aplicable a los empleadores contratantes, a los medios de formación educativa, así como a las agencias de empleo y otras que sirvan de intermediadoras, al establecer que la sanción administrativa recaerá sobre aquel que contrató la publicidad respectiva, y dado que sólo los medios de comunicación social serán sancionados por no facilitar y/o no contar con la información que permita determinar quién contrato dicha publicidad, en la práctica la norma deja desprotegidos a aquellos postulantes que sean discriminados en

aplicación de requisitos discriminatorios contenidos en una oferta de empleo difundida a través de un medio distinto a los de comunicación social.

Con todo, la obligación impuesta por la norma a los medios de comunicación masiva supone la necesidad de llevar un registro en el que se detalle los datos de las empresas que solicitan la publicación de ofertas de empleo, pues de lo contrario, la obligación de información impuesta por la norma se tornaría impracticable, pues no podrían proporcionar los datos necesarios que permitan determinar a la AAT al agente infractor.

Por lo dicho, y a efecto de cautelar la intervención de los medios de comunicación social en los procedimientos de investigación en comentario, éstos deberían procurar llevar un registro de datos de las empresas que contraten la publicidad de ofertas de empleo, procurando verificar la veracidad de la información proporcionada por ellas. Esto con el objeto de no infringir y cooperar con el cumplimiento de la normatividad vigente.

Sentado el alcance de la Ley No.27662 y de su reglamento, nos concentraremos ahora en analizar la extensión de la responsabilidad administrativa y judicial que la infracción a esta prohibición determinará sobre los anunciantes, así como sobre los medios de comunicación social.

3 Responsabilidad administrativa y judicial en la Ley No.27662 y su reglamento.

Como hemos indicado, la Ley No.27662 y su reglamento, prohíben a los empleadores contratantes, agencias de empleo, y otras que sirvan de intermediadoras⁽⁵⁶⁾: i) utilizar criterios de selección que carezcan de una justificación objetiva y razonable, basados en motivos que nuestro ordenamiento considera prohibidos, y ii) utilizar distintos criterios de selección ante situaciones idénticas, sin que exista una razón que lo justifique.

Toda persona natural o jurídica que la infrinja se verá sujeta a un procedimiento administrativo (iniciado a pedido de parte o de oficio), con independencia del proceso judicial que por indemnización de daños y perjuicios podrá iniciar todo aquel postulante que en aplicación de requisitos o criterios discriminatorios hubiere sido descalificado.

La norma establece así dos supuestos de responsabilidad: i) la responsabilidad a nivel administrativo, que se consuma ante la sola difusión de una oferta de empleo de contenido discriminatorio, y, ii) la responsabilidad a nivel judicial, que se derivará del daño ocasionado a aquella persona que hubiere sido descalificada en aplicación de criterios discriminatorios.

3.1 Alcances de la responsabilidad administrativa prevista en el reglamento de la Ley No.27662.

La responsabilidad administrativa de los anunciantes de ofertas de empleo o acceso a medios de formación educativa, se configura por la sola utilización de requisitos de contenido discriminatorio. La norma indica que el postulante discriminado deberá adjuntar, a su denuncia respectiva los medios probatorios pertinentes, sin indicar cuáles son. Sin perjuicio de ello, es claro que para determinar la responsabilidad administrativa de los anunciantes, en los casos de discriminación directa difundidas a través de un medio de comunicación social, la prueba será muy sencilla. Para que la infracción a esta prohibición se encuentre acreditada, bastará con acompañar a la denuncia una copia del aviso publicitario que utiliza un criterio de selección de personal de contenido discriminatorio. Ello será suficiente para imponer la sanción administrativa a que hubiera lugar a quien contrató la publicidad. A diferencia de ello y como hemos indicado, la prueba de discriminación directa o indirecta de una oferta de empleo difundida a través de un medio distinto al de

(56) Servirán de intermediadoras en las ofertas de empleo, aquellas empresas que se dediquen en forma exclusiva a la selección de personal por encargo de otras empresas que las contraten especialmente para ello.

comunicación social será sumamente difícil. Y la norma no ha previsto nada al respecto.

En efecto, un tema que reviste especial importancia, y sobre el que la norma no se ha pronunciado en lo absoluto es el relativo a la prueba de la discriminación. Sin duda, dado que la denuncia será tramitada ante la AAT, en concreto, ante la Dirección de Empleo y Formación Profesional, la dificultad probatoria que la tramitación de una denuncia de discriminación directa, y mucho peor, la indirecta pudiera presentar, difícilmente podría ser solucionada y/o afrontada en sede administrativa. Pensemos, por ejemplo, en el caso de la discriminación indirecta, cuya prueba supone la puesta en marcha de una mecánica probatoria que apunte hacia el facilitamiento de la carga probatoria del postulante discriminado, así como a la realización de un *test* de necesidad e idoneidad de la medida aparentemente neutra con efectos discriminatorios sobre un grupo protegido. ¿Está realmente nuestra administración en capacidad de asumir esta tarea? Dejamos planteada la interrogante, no sin advertir que ello constituye un verdadero reto para la AAT quien deberá demostrar un alto grado de madurez para su solución.

Finalmente, y en cuanto a este tema se refiere, si bien la norma es clara al determinar la responsabilidad administrativa de los anunciantes, imputándose a aquel que contrató la publicidad, cabe preguntarse qué sucede en los casos de co-responsabilidad, donde -en teoría- la sanción administrativa a imponer debería ser compartida. Para graficar lo dicho, pensemos por ejemplo en el caso de una agencia de empleos que ajustándose a los lineamientos establecidos por la empresa “x”, contrata la publicidad de una oferta de empleo de contenido discriminatorio, y consecuentemente, es denunciada por ello. Evidentemente, la agencia de empleos se encargará de demostrar que se limitó a seguir los lineamientos impartidos por “x” quien le encomendó ofrecer el empleo en dichos términos.

Naturalmente, por existir una prohibición expresa para ello, la agencia de empleos no podría alegar encontrarse exenta de responsabilidad, pero sí podría invocar la existencia de una co-responsabilidad, supuesto en el que la sanción administrativa debería alcanzar a ambas partes.

Si bien el ejemplo propuesto nos ubica en un caso de co-responsabilidad, su demostración en el procedimiento administrativo no tendrá efecto alguno, pues la norma sanciona únicamente a quien contrató la publicidad del anuncio discriminatorio, excluyendo de su campo de aplicación los supuestos de responsabilidad de co-responsabilidad. Así lo establece expresamente el artículo 7 del reglamento, que a la letra indica que: “(...)La multa será aplicable a los empleadores **contratantes**, a los centros de formación educativa, a las agencias de empleo u otras entidades que sirvan de intermediadoras en las ofertas de empleo, dependiendo de quien **contrate** la publicidad” (el resaltado es nuestro).

Sin duda, lo que la norma pretende evitar es que las partes se imputen recíprocamente la inclusión del contenido agravante de la oferta, lo cual en la práctica determinaría que la responsabilidad administrativa se diluya en un problema probatorio. Por ello, quien responderá administrativamente siempre será aquel que contrató la publicidad, con total prescindencia de sobre quién recaiga la verdadera responsabilidad por el contenido de la oferta tachada de discriminatoria. De esta manera, aun y cuando aquel que contrató la publicidad no fuera el directamente responsable de su elaboración, será éste quien responderá administrativamente por su contenido, al margen de las acciones legales que éste pueda iniciar con posterioridad para repetir contra el directamente responsable sobre la sanción que a éste le sea impuesta.

3.2 Responsabilidad judicial.

Según lo dispuesto por el artículo 8 del reglamento de la Ley No.27662, aquella persona que

hubiere sido descalificada de un procedimiento de admisión a un puesto de trabajo en aplicación de criterios discriminatorios, podrá demandar por la vía civil, el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Esta demanda deberá tramitarse en un proceso de conocimiento, y entenderse con el responsable del acto discriminatorio, quien deberá responder por el daño ocasionado al postulante discriminado.

La primera anotación que debemos realizar es que resulta sumamente cuestionable que la acción de indemnización deba ser interpuesta en sede civil y no en sede laboral. Ello atenta seriamente contra el principio de especialidad. Aparentemente, el legislador otorgó la competencia de un asunto que debió ser tramitado en sede laboral a la vía civil por una razón de índole práctica: a los jueces civiles les resultará mucho más sencillo aplicar las reglas de la responsabilidad extracontractual para el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios, cosa que de pronto los jueces laborales no podrían manejar.

En efecto, la posibilidad que plantea la norma de exigir judicialmente la reparación del daño sufrido en aplicación de criterios discriminatorios, nos ubica en el plano de la responsabilidad extracontractual, donde por regla general, toda persona que ocasiona un daño a otro se encuentra obligada a repararlo pues ello contribuirá al desincentivo de conductas lesivas. Sin embargo, si bien todo daño es susceptible de reparación, para aspirar a ello, es necesario que se trate de un daño cierto y probado, prueba que correrá a cargo del postulante discriminado. Dentro de esta lógica, bastará que el postulante pruebe haber sido descalificado en aplicación de un requisito de contenido discriminatorio (directo o indirecto) para que el daño se encuentre acreditado. Naturalmente, ello supone el despliegue de toda una mecánica probatoria que tienda al “facilitamiento probatorio”, disminuyendo de esta forma la carga probatoria que deba recaer sobre el

postulante discriminado⁽⁵⁷⁾, lógica que viene siendo admitida por nuestra jurisprudencia laboral, y que debería ser aplicada en la prueba de la discriminación.

Como hemos indicado, toda responsabilidad extracontractual implica que una determinada persona (la víctima) pueda exigir a otra (el responsable) el pago de una indemnización por los daños causados por ésta última a la primera de ellas⁽⁵⁸⁾. Sin embargo, este poder exigir no puede dirigirse arbitrariamente contra cualquier persona, sino únicamente sobre aquel que es causante del daño. Tiene que haber una razón para que determinada persona se encuentre obligada a reparar. Para trasladar el peso económico del daño a un agente distinto a la víctima, se requiere la presencia de un nexo causal entre la víctima y el autor del hecho dañino.

Pero, ¿qué tipo de responsabilidad es la que instituye la Ley No.26772 y su reglamento? En nuestra opinión, la responsabilidad que se deriva de esta norma especial es una de tipo objetivo, pues todo aquel que publique una oferta de empleo de contenido discriminatorio quedará obligado al pago de la indemnización, con total prescindencia de si éste tuvo o no la intención de discriminar, o, eventualmente, de si actuó diligentemente o no. El único que podría tomar precauciones unilaterales para no discriminar es el anunciante, nada podría hacer el postulante para evitar ser discriminado. Así pues, si el postulante que es discriminado porque la oferta impone un requisito de raza, nada podrá hacer para dejar de ser de raza aria o negra. Por último, es claro que en un caso como el propuesto, el más barato evitador del daño (*cheapest cost avoider*) es el anunciante, pues es éste el único que se encuentra en capacidad de decidir si recurre o no a requisitos de contenido discriminatorios para seleccionar el personal que requiere contratar. Sólo él podría dejar de ofrecer empleos exigiendo el cumplimiento de requisitos discriminatorios.

(57) VINATEA RECOBA, Luis Op.cit. pp.12-15.

(58) DE TRAZEGNIES, Fernando *La Responsabilidad Extracontractual*. Tomo I. Lima: PUCP, 1991. p.281.

Desde esta perspectiva, poco importará el nivel de diligencia adoptado por el anunciante, pues éste no podrá liberarse de responsabilidad aun y cuando demuestre que actuó como una “persona razonable” hubiera actuado en una circunstancia similar. Bastará con que el postulante discriminado logre acreditar: i) el daño, y ii) que su exclusión del procedimiento de selección de personal o de acceso a determinado puesto de trabajo respondió a la aplicación de criterios discriminatorios impuestos por el anunciante (relación causa-efecto), para que éste genere el derecho a la reparación por el daño.

El artículo 9 del reglamento de la Ley No.27662, incorpora ciertos elementos de juicio para la determinación de la indemnización que corresponderá al postulante discriminado, indicando que ésta deberá fijarse con criterio de razonabilidad y proporcionalidad, tomando como referente la remuneración anual⁽⁵⁹⁾.

De esta manera, según indica la norma: el lucro cesante estaría determinado, en estos casos, por la probable remuneración que el postulante discriminado hubiera percibido, multiplicada por las probabilidades que éste tenía de acceder al empleo ofertado. Dicho de otro modo, el monto a indemnizar dependerá -en gran medida- de las posibilidades que el postulante hubiera tenido de acceder al empleo, esto es, de si cumplía o no con la capacidad requerida para el desempeño del puesto ofrecido. Bajo esta línea, aquel postulante discriminado que no califique para el desempeño de determinada labor deberá percibir una indemnización menor que aquel que de no haber sido discriminado hubiera sido contratado, sin que en ningún caso éste pueda dejar de ser indemnizado. El simple hecho de haber sido discriminado lo hace acreedor de la indemnización prevista por ley, siendo el monto lo único que

debería variar en atención a las capacidades que le son propias.

Adicionalmente, si el demandante lograra acreditar que renunció a una oferta de empleo por postular al empleo del que fue descalificado en aplicación de criterios discriminatorios, la indemnización del demandante deberá comprender también el costo de oportunidad, esto es, todo lo que el postulante discriminado hubiera percibido de no haber renunciado a ello. Para graficar lo dicho, imaginemos el caso de una persona “a” que renuncia a ser contratada por la empresa “x” por postular a la oferta de trabajo propuesta por la empresa “y”, puesto de trabajo al que hubiera accedido de no haber sido discriminada, lo que “a” podría demandar además del lucro cesante, es todo lo que dejó de percibir en la empresa “y” por postular a la empresa “x”, donde fue discriminada. Nótese que para reclamar el pago del costo de oportunidad, el postulante discriminado -demandante- deberá acreditar que pese a contar con posibilidades reales de ser contratado por la empresa “x”, renunció a ello para postular a la empresa “y”, en donde consideró tenía mejores expectativas de empleo.

Finalmente, un tema que merece especial importancia es el de la co-responsabilidad, supuesto que si bien administrativamente no es sancionable, judicialmente sí lo es. En efecto, el artículo 1983 del Código Civil, regula el tema de la responsabilidad solidaria, disponiendo que: “Si varios son los responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible determinar la responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales”.

En aplicación del citado dispositivo, y de verificarse

(59) Si bien la remuneración nos parece un adecuado indicador para el cálculo de la remuneración, lo cierto es que ello sólo será factible cuando la propia oferta de empleo indique expresamente el monto de retribución que correspondería al puesto ofertado. Si ello no sucediera ¿acaso debería tomarse como referente la remuneración que percibe un trabajador en un puesto similar al ofertado? o en todo caso, ¿debería considerarse la remuneración mínima vital para dicho cálculo? En definitiva, este es otro tema sobre el que la jurisprudencia deberá pronunciarse, siendo ella la única que podrá llenar de contenido a la interrogante planteada.

la existencia de una co-responsabilidad⁽⁶⁰⁾ por ejemplo, entre la empresa que requiere personal y la agencia de empleos contratada para su selección, cada una de ellas deberá responder por el íntegro de la indemnización, conservando el derecho a repetir de su co-responsable la cantidad que en forma proporcional corresponda a cada uno de ellos en función a su participación en el daño causado.

4 Conclusiones.

La discriminación en el acceso al empleo es sin duda un tema muy complejo cuya atención normativa se hacía necesaria desde tiempo atrás. No obstante ello, la entrada en vigencia de la normatividad que regula este tema ha dejado sentir un cierto sin sabor, pues las deficiencias del procedimiento administrativo diseñado para su “cautela” (que restringe el campo de control de la AAT a las ofertas difundidas a través de medios de comunicación masiva, sumadas a las dificultades probatorias inadvertidas y desatendidas por el legislador), lejos de apuntar al desincentivo de conductas de este tipo, contribuyen más bien a desincentivar a los postulantes discriminados a formular la denuncia administrativa y/o a interponer una demanda de indemnización por los

daños y perjuicios derivados de la discriminación, dejando a éstos en un estado de desprotección.

Pocos se arriesgarían a demandar a sabiendas de las dificultades probatorias que la discriminación encierra; peor aun, si luego del procedimiento administrativo, deberían seguir un proceso judicial para el pago de la indemnización a la que hubiera lugar. Y claro, si éste problema se presenta al interior de cualquier oferta de empleo, mucho más grave será probar la infracción a la prohibición en aquellas ofertas que encubren la intención discriminatoria, o en las ofertas anónimas difundidas a través de un medio de comunicación no masivo. Ello hace que esta prohibición -en la práctica- sea poco eficiente. Muestra de ello lo constituye el hecho que pese a que nuestro mercado de trabajo se encuentra inundado de ofertas de empleo abiertamente discriminatorias, extraoficialmente hemos tomado conocimiento de desde el 8 de febrero hasta la fecha sólo se han formulado tres denuncias de parte ante la AAT.

En definitiva, los problemas administrativos y/o procesales que la puesta en práctica de la norma generará exigen madurez por parte de quienes se encargarán de resolver denuncias de este tipo; reto que ni la AAT ni nuestros magistrados deberían dejar pasar. *AB*

(60) Nótese que la dinámica que envuelve el tema de las ofertas de empleo nos ubica en múltiples niveles de responsabilidad y/o co-responsabilidad, pues la infracción a la prohibición de discriminación en materia de acceso al empleo puede provenir de distintas direcciones, a decir, : i) de quien ofrece el empleo, ii) de las agencias de empleo, las agencias de publicidad, y muy eventualmente, iii) de los medios de comunicación social. Naturalmente, el grado de responsabilidad en que cada una de ellas podría incurrir va de mayor a menor grado. Por ejemplo, existen muchas más posibilidades que sea el oferente o la agencia de empleo quienes directamente formulen ofertas de contenido discriminatorio. Por el contrario, es muy poco probable que un medio de comunicación social introduzca *de motu proprio* un requisito discriminatorio en una oferta de empleo. Sin duda, los niveles de co-responsabilidad que pueden presentarse al interior de una oferta de empleo, sólo podrán ser determinados en cada caso en concreto. Postular una única forma de solución sería imposible.